

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Nogmaals (en nu voor de laatste keer) artikel 38 WvMS¹⁾

1. Inleiding

Tijdens de persconferentie op 18 maart jl. ter gelegenheid van de aanbieding aan de minister van Defensie van de rapporten van de Commissie Van den Berg en de Commissie van Toezicht van de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (MIVD) merkte minister Van Middelkoop op dat hij de aanbevelingen van de commissie Van den Berg in grote lijnen overnam. Op een vraag van een journalist wat hij precies bedoelde met ‘in grote lijnen’, antwoordde de minister dat hij één aanbeveling *niet* zou overnemen. Uit hetgeen hij verder opmerkte bleek dat hij de aanbeveling op het oog had waarin wordt voorgesteld om in artikel 38 van het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS) de aanduiding ‘in tijd van oorlog’ te schrappen. Artikel 38 bevat een strafuitsluitingsgrond. Het bepaalt dat niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat.

Het voorstel om in artikel 38 WvMS de aanduiding ‘in tijd van oorlog’ te schrappen is eerder gedaan en ook eerder afgewezen. Naar mijn overtuiging berust afwijzing echter op een misverstand. Kennelijk wordt verondersteld dat de op verschillende plaatsen in het Wetboek van Militair Strafrecht voorkomende (verouderde) aanduiding ‘in tijd van oorlog’ overal door dezelfde (nieuw te formuleren) aanduiding dient te worden vervangen. Dit is echter niet zo. De aanduiding in artikel 38 WvMS is van een geheel andere orde dan de aanduidingen elders in het Wetboek.

2. *Tijd van oorlog als strafverhogende omstandigheid*

De aanduiding ‘in tijd van oorlog’ komt, zoals gezegd, op verschillende plaatsen in het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS) voor, met name in het tweede boek, Misdrijven. In tijd van oorlog is een feit veelal zwaarder strafbaar dan in tijd van vrede. ‘In tijd van oorlog’ is in deze gevallen dus te zien als een strafverhogende omstandigheid. De wet zegt niet wat onder in ‘tijd van oorlog’ moet worden verstaan. Uit de wetsgeschiedenis volgt echter dat de aanduiding ziet op een oorlog in volkenrechtelijke zin, op een rechtstoestand die ontstaat zodra de ene Staat de andere de oorlog heeft verklaard. Oorlogen in deze zin zijn zeldzaam geworden. De reden is dat oorlogsverklaringen aan het begin van vijandelijkheden in onbruik zijn geraakt. Tijd van oorlog als strafverhogende omstandigheid doet zich in feite dan ook niet meer voor.

Het vorenstaande betekent dat de aanduiding ‘in tijd van oorlog’ - indien men de mogelijkheid van strafverhoging wenst te handhaven - zal moeten worden vervangen door een in deze tijd meer passende aanduiding. Soms zal dit zijn ‘in geval van een gewapend conflict’, soms ‘onder operationele omstandigheden’. Ook andere aanduidingen zijn mogelijk.

3. *Tijd van oorlog in artikel 38 WvMS*

De aanduiding ‘in tijd van oorlog’ komt ook voor in artikel 38 WvMS. Dit artikel bevat twee bepalingen. De eerste bepaling luidt: ‘Niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat.’ De tweede bepaling zegt dat niet strafbaar is hij wiens bestraffing strijdig zou zijn

¹⁾ Zie: Coolen, De strafuitsluitingsgrond, vervat in artikel 38 WvMS, MRT 2007, p. 45.

met een verdrag, geldend tussen Nederland en de Mogendheid waarmee Nederland in oorlog is. De bepaling heeft geen zelfstandige betekenis (meer). Zij blijft in deze aantekening verder buiten beschouwing.

De eerste bepaling bevat een strafuitsluitingsgrond. De in de bepaling voorkomende aanduiding 'in tijd van oorlog' geeft aan wanneer (in welk geval) op deze strafuitsluitingsgrond een beroep kan worden gedaan. De aanduiding is dan ook van een geheel andere orde dan de aanduidingen 'in tijd van oorlog' elders in het Wetboek.

Ten tijde van totstandkoming van artikel 38 WvMS golden de regels van het oorlogsrecht uitsluitend in geval van oorlog. Dat op het artikel slechts een beroep kon worden gedaan indien het feit in tijd van oorlog was begaan, hield dus aanvankelijk op geen enkele wijze een beperking in. Een beperking werd ook niet beoogd. Volgens de memorie van toelichting was

de bepaling in het wetboek opgenomen 'teneinde straffeloosheid te waarborgen voor al die handelingen, die, tijdens ze gepleegd worden, als geoorloofde oorlogsdaden zijn te beschouwen'.

De tijden zijn echter veranderd. Thans zijn bijvoorbeeld de vier (in 1949 tot stand gekomen) Verdragen van Genève niet alleen van toepassing in geval een oorlog, maar ook:

- bij elk ander internationaal gewapend conflict, zelfs indien de oorlogstoestand door een der Partijen niet wordt erkend;
- in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet.

Artikel 38 zal dan ook - wil het zijn oorspronkelijke betekenis behouden - moeten worden aangepast.

Uitgaande van het standpunt dat militairen op de in artikel 38 WvMS vervatte strafuitsluitingsgrond een beroep moeten kunnen doen in alle gevallen waarin het oorlogsrecht van toepassing is, kan aanpassing van het artikel op twee manieren geschieden. In de eerste plaats kan de verouderde aanduiding 'in tijd van oorlog' worden vervangen door een (nieuw te formuleren) aanduiding die aangeeft in welke gevallen de regels van het oorlogsrecht thans van toepassing zijn. In de tweede plaats kan de aanduiding 'in tijd van oorlog' in artikel 38 eenvoudig worden geschrapt. Met weglating van de tweede bepaling komt het artikel dan te luiden: 'Niet strafbaar is hij die binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat.'

Deze laatste oplossing verdient verre de voorkeur. Dat - om op artikel 38 een beroep te kunnen doen - het oorlogsrecht van toepassing moet zijn, is zo vanzelfsprekend dat uitdrukkelijke vermelding slechts argwaan kan wekken. Ook sluit de voorgestelde tekst geheel aan bij de tekst van andere, soortgelijke bepalingen. Zo luidt bijvoorbeeld artikel 42 WvS: 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.' Dat het wettelijk voorschrift ter uitvoering waarvan wordt gehandeld, toepasselijk moet zijn is, spreekt vanzelf. Vermelding is dan ook terecht achterwege gebleven. En ten slotte: schrapping van de aanduiding 'in tijd van oorlog' in artikel 38 WvMS heeft geen gevolgen voor andere wettelijke bepalingen of voor de systematiek van het wetboek.

Prof. Mr. G.L. Coolen